

“PLEA BARGAINING”

Modelo de Aplicação do Princípio da Disponibilidade

***José Alberto Sartório de Souza**

Sumário

1 - Introdução. 2 - Procedimento Metodológico. 3 - Resultados. 4 - A Crise do Sistema Processual Penal e as Reformas. 4.1 - O Problema e as Soluções Apontadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa. 4.2 - As Reformas na Itália. 4.2.1 - Juízo Abreviado. 4.2.2 - *Patteggiamento*. 4.2.3 - Juízo Diretíssimo. 4.2.4 - Juízo Imediato. 4.2.5 - Procedimento por Decreto. 4.3 - Outros Países. 5 - Princípio da Oportunidade - Contraposição ao Princípio da Legalidade. 6 - A Lei n.º 9099/95 e o Princípio da Oportunidade Regrada. 6.1 - A Introdução do Princípio no Âmbito da Ação Penal Pública. 6.2 - A Transação Penal. 6.3 - A Suspensão Condicional do Processo. 6.4 - As Estreitas Limitações do Princípio da Oportunidade no Brasil. 7 - O *Plea Bargaining* no Direito Americano. 7.1 - Histórico e Definição. 7.2 - Classes de *Plea Bargaining*. 7.2.1 - *Sentence Bargaining*. 7.2.2 - *Charge Bargaining*. 7.2.3 - Forma Mista. 7.2.4 - *Implicit Plea Bargaining*. 7.2.5 - O Juiz. 7.2.6 - A Vítima. 7.3 - Procedimento do *Plea Bargaining*. 8 - Críticas ao *Plea Bargaining*. 8.1 - Aspectos Positivos e Negativos. 8.2 - *Plea Bargaining* - mera resposta ao congestionamento da justiça? 8.3 - Outras Visões do Instituto. 9 - Críticas ao Princípio da Legalidade. 10 - A Situação do Brasil após o Advento da Lei n.º 9099/95. 11 - Conclusão. 12 - Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o problema crônico da lentidão, ineficiência e excesso de carga laboral enfrentado pela justiça penal brasileira, já de longa data.

A absoluta predominância em nosso direito do princípio da legalidade processual é apontada aqui como uma das principais causas dos males referidos, conquanto elemento imobilizador do Ministério Público, do próprio

Judiciário e matriz de modelo judicial excessivamente formalista, comum aos países do sistema continental europeu do direito.

Questiono tal princípio não só a partir de sua originalidade teórica, hoje já perdida, mas também de sua racionalidade, legitimidade e verdade social, mormente num mundo em rápido processo de transformação, a exigir o constante esforço estatal no aprimoramento de suas políticas e no gerenciamento de recursos.

São abordadas no trabalho as medidas oriundas da Lei n.º 9099/95, objetivando-se demonstrar o quão pouco alteraram no quadro geral da justiça criminal pátria, sequer chegando a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Para reforçar a primeira assertiva do parágrafo anterior, a presente pesquisa se fundamenta na justiça comum de Minas Gerais e na imprensa escrita de grande circulação, para tratar do assunto em níveis mineiro e nacional, respectivamente.

Procuró fazer uma análise crítica do *plea bargaining* norte-americano, apresentando-o não só como saída para o congestionamento do Judiciário, mas também como fruto de outra visão de justiça, menos teórica, mais prática, individualizada e consensuada, tudo na crença de que representa a verdadeira implementação do princípio da discricionariedade da ação penal um dos mais

importantes passos a serem dados para o aperfeiçoamento e modernização do processo penal brasileiro.

2 - PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Para a realização do presente trabalho foram consultadas bibliografias nacionais e internacionais, estas últimas de origem espanhola e norte-americana.

Não foi possível adquirir, mesmo em livrarias especializadas de Nova York, obras a respeito do instituto do *plea bargaining*. Os livros em inglês sobre o assunto tiveram que ser adquiridos diretamente das editoras.

O livro em espanhol, de autoria de Sílvia Barona Vilar, constitui excelente trabalho de direito comparado, que analisa não só aspectos do sistema judicial norte-americano, mas também da Itália, Alemanha e Espanha.

Para a abordagem dos temas relacionados à Lei n.º 9099/95 e aos princípios da obrigatoriedade e da disponibilidade da ação penal, houve referências a obras nacionais, dos mais respeitados autores, de conhecidos doutrinadores processuais penais pátrios, destacando-se o Professor Afrânio Silva Jardim, e outros importantes trabalhos, como o de autoria de Eugenio Raul Zaffaroni.

No capítulo intitulado "A Situação do Brasil Após o Advento da Lei n.º 9099/95", onde se demonstra a insuficiência das medidas penais decorrentes da referida lei, por sua vez, os números e estatísticas citados, relativos

à justiça brasileira, foram obtidos por meio de pesquisa a periódicos nacionais de larga circulação, de publicação recente.

Os dados relativos ao Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte constam do relatório oficial daquele órgão sobre "*movimento forense e operosidade do juiz*", referente ao mês de julho do corrente ano.

As informações a respeito da quantidade de processos em curso no mês de junho de 1997, na vara criminal focalizada na pesquisa e do número de feitos a ela distribuídos nos períodos de junho a novembro de 1995 e de janeiro a junho de 1997 constam dos relatórios mensais da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais.

As demais informações contidas no referido capítulo foram fornecidas pelos Juízes de Direito e Escrivães, respectivamente, da vara criminal e do Juizado Especial Criminal, cujos nomes, por razões de ética, peço *venia* para deixar de declinar, porém ressaltando que sem suas colaborações seria impossível realizar esta monografia.

3 - RESULTADOS

Os dados constantes do capítulo X da monografia, denominado "*A Situação do Brasil Após o Advento da Lei n.º 9099/95*", demonstram a insuficiência das medidas despenalizadoras recentemente instituídas,

continuando a justiça criminal brasileira a sofrer dos mesmos graves males de antes.

Mostra-se-nos anacrônico, despido de racionalidade e de legitimidade o chamado princípio da legalidade processual penal, impondo-se a sua substituição no direito pátrio pela alternativa lógica do princípio da disponibilidade da ação penal pública, transformação essa que, certamente, há de ser precedida das alterações legislativas e estruturais indispensáveis.

O instituto do *plea bargaining* norte-americano, responsável pela solução de cerca de 90% dos casos da justiça penal daquele país, constitui excelente modelo e referencial prático, evidentemente com as devidas adequações, para a implantação do verdadeiro princípio da discricionariedade, ainda não experimentado em nosso país.

4 - A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONTINENTAL E AS REFORMAS

4.1 - O problema e as soluções apontadas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa

Diante da criminalidade organizada, do crescimento e sofisticação das práticas criminosas (na

área da informática, do mercado financeiro, da indústria, do tráfico de drogas, dos crimes de “colarinho branco”¹, lavagem de dinheiro, etc.), bem como da grande afluência de processos e de sua longa duração, que decorre do alto grau de formalidade dos sistemas judiciais, vêm sofrendo franca crise os países integrantes do chamado sistema processual continental, entre eles Itália, Espanha e Portugal.

Para fazer face a tais problemas, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por meio da Recomendação n. R. (87) 18, sugeriu aos Estados Membros a simplificação da justiça penal, fato que inspirou as últimas reformas legais levadas a cabo na Europa Continental (GOMES, 1995, VILAR, 1994).

Entre outras recomendações, encontram-se:

1. a adoção do princípio da oportunidade;
2. procedimentos sumários e simplificados;
3. a transação;
4. a simplificação do procedimento ordinário.

4.2 - As reformas na Itália

Na esteira dessas reformas, criou a Itália um novo Código de Processo Penal em 1989

¹ *White-collar crimes*, denominação utilizada pelos penalistas americanos desde a década de 50.

(v. BUONO, 1991), no qual instituiu procedimentos especiais, mais céleres, quais sejam:

4.2.1 - Juízo abreviado

Nele, o processo é definido na audiência preliminar (fase inicial do processo), após a realização de acordo entre acusado e Ministério Público, com sentença do magistrado, sem posterior produção de provas.

Em caso de condenação, deve a pena ser diminuída de um terço, e, caso aplicável a pena de prisão perpétua, será ela substituída pela de reclusão de 30 anos.

O direito de apelação neste tipo de procedimento sofre amplas limitações.

4.2.2 - Patteggiamento

Consiste na aplicação da pena de até dois anos, a pedido das partes, pena esta que será substitutiva ou detentiva diminuída de um terço.

O requerimento deverá ser feito ao juiz até a fase de abertura dos debates, os quais não chegarão a se realizar.

A sentença de primeiro grau é inapelável.

4.2.3 - Juízo diretíssimo

Ao contrário dos anteriores, prescinde da audiência preliminar. Dispensa, também, maiores formalidades na intimação de testemunhas e possibilita um juízo oral antecipado.

Tem como requisitos para sua realização a prisão em flagrante ou cautelar do agente delituoso, ou a confissão do mesmo, quando em estado de liberdade.

4.2.4 - Juízo imediato

Também prescinde da audiência preliminar e tem como pressuposto que a prova seja evidente, obedecendo as investigações às regras gerais.

Inexiste a fase probatória.

4.2.5 - Procedimento por decreto

É aplicável somente nos casos de imposição de pena pecuniária a crimes de pequena gravidade. Constitui o mais simplificado dos procedimentos especiais e que proporciona a maior economia de recursos.

Consiste na aplicação pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, de uma pena diminuída até a metade, em relação ao mínimo da pena cominada.

4.3 - Outros países

Sob a inspiração do direito anglo-saxão (*common law*), de índole acusatória, onde impera o princípio da oportunidade - ao contrário do direito continental europeu², pautado pelo princípio da obrigatoriedade e de índole inquisitiva - outros países, como a Espanha, em 1988, Portugal, em 1987, Peru, em 1994, Panamá, em 1987, Colômbia, em 1991, e Argentina, em 1994, adotaram reformas no mesmo sentido (GOMES, 1995)³.

5 - PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE – CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da oportunidade, ou da discricionariedade, ou da disponibilidade, permite ao titular da ação penal a possibilidade de, exercendo a sua discricionariedade, dentro de poderes mais amplos, dispor da ação penal, podendo arquivar o caso mesmo quando as investigações apontem com certeza que o agente tenha delinqüido, ou desistir da ação já proposta.

Outrossim, pode o Ministério Público, dentro

²O Brasil, embora adote um sistema processual penal misto de contraditório e inquisitivo, está historicamente vinculado à corrente continental européia.

³A Alemanha adota o princípio da oportunidade desde 1924 (art. 153 do CPP), ampliado em 1975 (GOMES, 1995).

deste princípio, realizar acordo com o réu e dar ao fato a qualificação jurídica (capitulação) que melhor lhe convier, dentro de um determinado leque de opções legais.

Em contraposição está o princípio da legalidade, ou da obrigatoriedade, da oficialidade, da necessidade, ou da indisponibilidade, segundo o qual *"devem os órgãos persecutórios atuar, necessariamente, desde que concorram as condições exigidas em lei"* (TOURINHO FILHO, 1984).

Não podem, pois, segundo o princípio da obrigatoriedade, as autoridades policiais e o Ministério Público, preenchidos os requisitos legais, deixar, respectivamente, de instaurar inquérito policial, de interpor a ação penal ou dela desistir.

6 - A LEI N.º 9099/95 E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE REGRADA

6.1 - A introdução do princípio no âmbito da ação penal pública

Com o advento da Lei n.º 9099/95, foi introduzido no Brasil, no âmbito da ação penal pública (a ação penal privada já se regia pelo princípio da oportunidade⁴), o chamado princípio da oportunidade regrada, embora

⁴ NOGUEIRA, 1994, p. 59.

continue francamente prevalecendo em nosso direito o princípio da obrigatoriedade.

A adoção do princípio da oportunidade regrada faz-se notar nos dispositivos da mencionada lei relativos à transação penal (art. 76) e à suspensão condicional do processo (art. 89), ambas medidas de caráter despenalizador, porquanto procuram evitar a aplicação da pena de prisão.

6.2 - A transação penal

A transação penal aplica-se às infrações de menor potencial ofensivo (art. 61), cuja pena máxima seja não superior a um ano, e pode ser proposta pelo Ministério Público, quando não for o caso de arquivamento.

A transação deverá versar sobre a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Aceita a proposta pelo agente delitivo, o juiz aplicará a pena acordada, que não implicará em reincidência, não gerará efeitos civis e não constará de certidão de antecedentes criminais, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 anos.

Desta forma, não há na transação propriamente um processo, mas um procedimento, sendo a sentença meramente homologatória.

6.3 - A suspensão condicional do processo

A proposta de suspensão condicional do processo acompanha a denúncia oferecida pelo Ministério Público e aplica-se aos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano.

O *sursis* processual pode ser concedido desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Sem prejuízo de outras condições que poderá o juiz especificar, as condições do período de prova, que poderá durar de 2 a 4 anos, são: a reparação do dano (salvo a impossibilidade de fazê-lo), a proibição de freqüentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e o comparecimento obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Cumpridas todas as condições durante o período de prova, sem que o acusado seja processado por outro crime, é declarada extinta a punibilidade.

6.4 - As estreitas limitações ao princípio da oportunidade no Brasil

Como se vê, diz-se princípio da oportunidade regradada (ou da discricionariedade regulada), porque nele está o Ministério Público rigidamente adstrito às alternativas previstas na lei, para efeito de pôr em prática qualquer dos dois institutos retromencionados, muito distante, portanto, da verdadeira discricionariedade, existente no direito anglo-saxão.

Oportunidade regradada, também, porque em todo o processo sofre o Ministério Público a fiscalização do órgão judicial, a quem cabe, em última análise, a apreciação da legalidade e da conveniência da medida.

Continua o Ministério Público, portanto, impedido de dispor da ação penal, ou seja, de determinar discricionariamente o arquivamento do inquérito, de desistir da ação já proposta ou deixar de propô-la, quando existentes os pressupostos de seu exercício.

Igualmente vedada permanece a desistência do recurso por parte do *Parquet*.

Para Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 1996), Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1995) e Damásio E. de Jesus (JESUS, 1996), sequer pode o Ministério Público, preenchidos os requisitos da Lei n.º 9099/95, deixar de propor tanto a transação penal quanto a suspensão

condicional do processo, porquanto, em sua visão, o termo “poderá”, utilizado nos arts. 76 e 89 da Lei, se refere a um poder-dever da instituição, pois possuiria o acusado o direito subjetivo a tais medidas penais benéficas.

Há até os que, como Damásio E. de Jesus (JESUS, 1996), se filiam à corrente da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n.º 9099/95 (Escola Nacional da Magistratura, Brasília, outubro de 1995), que, em sua 13ª conclusão, entendeu que *“se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo”*.

Quanto à posição descrita no parágrafo anterior, opõem-se a própria Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, vencido Luiz Flávio Gomes (GRINOVER, 1996, p. 125):

“Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitada pode parecer sedutora, mas faz tábula rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador.

*Na hipótese do art. 76, foi corretamente afastada porquanto configuraria, por certo, atribuição ao juiz de poderes equivalentes aos da movimentação **ex officio** da jurisdição, hoje proibida em nível constitucional para a ação penal pública (art. 129, I, CF) e banida pela própria Lei n.º 9099/95, que quis revogar expressamente a Lei*

n.º 4611, de 2 de abril de 1965.

Com efeito, não se pode desconhecer que a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional (v. comentário n. 2 ao art. 74) e não se pode negar que, nesse caso, teríamos exercício de jurisdição sem ação.

*Mas, mesmo para a transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o juiz homologue uma transação, que elimina ou suspende o processo, contra a vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais. Mesmo porque o direito de ação não se esgota no impulso inicial, mas compreende o exercício de todos os direitos, poderes, faculdades e ônus assegurados às partes ao longo de todo o processo.*⁵

Por outro lado, amplamente questionável o entendimento, exposto anteriormente, de que o acusado, caso atendidos os requisitos legais da Lei n.º 9099/96, teria o direito subjetivo público à transação penal e à suspensão condicional do processo.

Ora, como se admitir um direito subjetivo ao acordo, visto que se tratam de medidas despenalizadoras de carácter estritamente consensual?

⁵ No mesmo sentido, decidiu o STJ (HC n.º 5664-SP, Reg. Nº 96.0036210-6): "-Recurso em *habeas corpus*. Lei n.º 9.099/95. Suspensão do processo. Indeferimento pelo juiz singular. Titularidade do poder de propor. -Cingindo-se o acórdão recorrido a examinar o recurso sob o aspecto da titularidade do poder de propor a suspensão do processo, sem abordar o mérito do pedido, dá-se parcial provimento ao recurso para desconstituir o acórdão e a decisão de 1º grau, a fim de ensejar a manifestação do Ministério Público, titular do poder de propor a medida preconizada no art. 89, da Lei n.º 9.099/95."

Outrossim,

“reconhecem-se direitos subjetivos públicos às pessoas, mas também existem os direitos subjetivos do Estado enquanto ente dotado de personalidade jurídica, donde inviável efetuar um comando normativo quando, em verdade, a norma pode produzir direitos subjetivos a dois lados opostos!” (OSÓRIO, 1996, p. 318).

Assim, também possui o Ministério Público o direito subjetivo de fazer a proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo, desde que presentes os pressupostos legais.

De todo o exposto, da análise da transação penal e da suspensão condicional do processo, o que se percebe é que está ainda longe de existir no processo penal brasileiro qualquer discricionariedade por parte do Ministério Público, que continua obrigado a agir e a agir dentro dos estreitíssimos limites impostos. Neste sentido o entendimento do eminente Professor Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 1997, p. 132):

“§ 6º Os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/95).

Divergindo da doutrina majoritária, entendemos que a Lei n.º 9.099/95 não mitigou o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória. Não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o

José Alberto Santóia de Souza

princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

*Na verdade, o legislador não deu ao Ministério Público a possibilidade de querer o arquivamento do termo circunstanciado e das peças de informação que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo Código de Processo Penal, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o **Parquet** discricionariedade que lhe permita manifestar ou não em juízo a pretensão punitiva estatal."*

Cabe observar, todavia, que, na mesma obra, pouco mais a frente, Afrânio Silva Jardim considera ter havido certa mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública condenatória apenas no que tange à suspensão condicional do processo.

7 - O PLEA BARGAINING NO DIREITO AMERICANO⁶

7.1 - Histórico e definição

Plea bargaining não é uma prática recente. Há evidências de sua utilização nos Estados Unidos da América

⁶Institutos semelhantes são encontrados no Canadá, Inglaterra e Escócia.

mesmo antes da Guerra Civil naquele país (1861) e de ter se tornado o meio predominante de administração da justiça pouco depois (MAYNARD, 1984).

Uma pesquisa de meados de 1920, realizada por vários Estados daquele país, já revelava o quão predominante havia se tornado o instituto.

Todavia, somente a partir de meados de 1960 tornou-se um tema nacional, objeto da atenção de inúmeros juristas e de várias disciplinas.

Após 1970, houve uma explosão de material publicado a respeito, sendo hoje o *plea bargaining* objeto de pesquisas em todo o mundo, devido aos impressionantes resultados práticos de sua aplicação tanto na solução de casos quanto no auxílio a investigações criminais em geral, com a descoberta de autores e co-autores de delitos, com base em confissões de culpa transacionadas.

A Suprema Corte Americana não só declarou constitucional o instituto, como em 1971, no caso *Santobello v. New York* (404 U.S.), definiu-o como "*um componente essencial da administração da justiça*".

Plea bargaining pode ser definido como o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a

situação do réu, evitando, assim, a realização do processo (HEUMANN, 1978; MAYNARD, 1984).

Em geral o termo *plea bargaining* é utilizado para designar a negociação entre *prosecutor* (órgão do Ministério Público) e *defendant* (réu) em torno da confissão de culpa (*guilty plea*⁷) deste, em troca de concessões do Estado (geralmente atenuação da pena).

Todavia, a expressão *plea bargaining* também abrange vários outros fenômenos, tais como a negociação para obtenção da retirada de alguma acusação (*charge dismissals*), adiamentos (*continuances*), ajustes para a realização de julgamentos (*setting trials*), discussão sobre os fatos (*discussing facts*), nos quais a concessão estatal não é trocada por uma confissão de culpa.

7.2 - Classes de *plea bargaining*

As principais classes de *plea bargaining*, de acordo com VILAR (1994), GARCIA (1996), HEUMANN (1978) e MAYNARD (1984) são:

⁷ Nas palavras de VILAR, Sílvia Barona (1994, p. 52), o *guilty plea* pode revestir-se na praxis processual americana de três formas: "1. *Voluntária o no influída: a través de esta forma el reo va a confesarse culpable sin outra razón que por la evidencia de su culpabilidad o bien porque actúa movido por remordimientos de conciencia.* 2. *Structurally induced plea (inducida). La confesión viene en este caso motivada ya porque existe una norma en la que se impone pena mayor a aquél que insiste en celebrar la vista, o ya porque de hecho se sabe que los jueces van a adoptar un trato de favor respecto de aquéllos que confiesan su culpabilidad, renunciando con ello a la celebración de la vista.* 3. *Negociada. Se trata del plea bargaining...*"

7.2.1 - Sentence bargaining

Consiste num acordo entre o acusado e o promotor, e, por vezes, também o juiz (levando-se em conta as diferenças existentes de um Estado para outro), em que, mediante uma declaração de culpabilidade do primeiro, se lhe é feita a promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável, dentro de variantes estabelecidas, ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes (*recommendations*) ao juiz - as quais este não está obrigado a seguir - ou de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feito pela defesa.

7.2.2 - Charge bargaining

Neste tipo de transação, em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o *prosecutor* se compromete a abandonar determinada ou determinadas imputações que originalmente lhe foram feitas ou acusá-lo de um delito menos grave que o realmente cometido.

7.2.3 - Forma mista

O acusado confessa em troca da diminuição de

imputações e da aplicação de uma pena atenuada.

Por exemplo: o acusado de três roubos se declara culpado de apenas um, em troca da promessa de que lhe será imposta pena não superior a dois anos de prisão.

Há, também, formas de negociação em que o réu pode devolver objetos subtraídos, comprometer-se a indenizar a vítima, dar informações à polícia, testemunhar contra outros ou, ainda, as que tratam do lugar onde será cumprida a pena, a sujeição a tratamento para viciados em drogas, etc.

7.2.4 - *Implicit plea bargaining*

Enquanto no explícito, formal, *explicit plea bargaining*, que abrange as categorias anteriormente descritas, existe uma confrontação entre as partes quanto aos fatos, capitulação e pena, após o que chega-se a um acordo, o *implicit plea bargaining*, implícito ou informal, refere-se a práticas forenses que proporcionam leniência sem a necessidade de negociação entre acusação e defesa.

Uma pesquisa levada a cabo por Friedman em 1979 constatou que, entre 1950 e 1970, 36% das declarações de culpa (*guilty pleas*) no Condado de Alameda, California, deveram-se ao *plea bargaining* implícito e 40% ao explícito.

O *implicit plea bargaining* reflete o desejo dos aplicadores do direito de mitigar as elevadas sanções previstas na lei, estabelecendo médias de penas para crimes normais, as quais são empregadas de forma lógica e menos individualizada.

Na realidade, trata-se de uma cultura instalada na justiça americana no sentido de que todo o réu que confessar sua culpa deve ser recompensado com uma pena mais branda e de que todo aquele que insistir em ir a julgamento não terá tal tratamento.

Desta forma, mesmo que não haja negociação expressa entre as partes, a declaração de culpa será sempre premiada.

Tal fator leva a crer que mesmo que fosse legalmente abolido o *plea bargaining (explicit)* do direito americano, continuaria ele a existir em sua maneira informal (*implicit*).

Há que se observar que o grau de discricionariedade na escolha da capitulação para o fato delituoso e na aplicação da pena é elevadíssimo no direito americano, o que exerce poderosa influência sobre o acusado, induzindo-o a ceder à negociação.

Veja-se, a respeito, o seguinte trecho de artigo sobre *plea bargaining* (ROSETT, 1986, p. 1394):

"Under most modern American penal codes, the same criminal conduct typically permits

José Alberto Santório de Souza

the defendant to be charged with one or more of several distinct offenses, each carrying different levels of potential punishment. Some of the potential sentences are severe; not just CAPITAL PUNISHMENT but punishment for common offenses by prison terms that may exceed the length of a person's vigorous adulthood. It would be practically impossible and morally unthinkable to apply such severe sanctions in a substantial portion of the cases.

The system is thus dominated at every level by official discretion; police, prosecutors, judges, and correctional officials are expected to extend leniency to most offenders lest the system become brutal and the courthouses overloaded. The guilty plea thus provides incentives for the state as well as the defendant. The courts are prepared to try only about ten percent of the cases potentially before them, and prosecutors value convictions obtained without the effort and expense of trial."

Importante, por outro lado, levar-se em conta que se as concessões fossem padronizadas, perderiam muito de sua força de persuasão sobre os acusados para que declarassem sua culpa.

7.2.5 - O juiz

Os acordos são sempre submetidos à aprovação do juiz, que, como já dito anteriormente, participa ou não

das negociações, dependendo do sistema adotado no Estado em questão, visto que o direito penal e processual penal norte-americano não é uniformizado, ao menos no que tange à justiça comum.

O magistrado, antes de concordar ou não com a transação efetuada, pode requisitar as informações que julgue necessárias do *probation officer* (oficial da condicional), inclusive relativas a antecedentes criminais.

São requisitos para a homologação do acordo:

1. ter o réu feito sua *plea of guilty* voluntariamente, sem sofrer coação por parte de autoridades;

2. a perfeita compreensão pelo acusado das implicações de sua confissão, da natureza das imputações e da pena;

3. a exatidão da declaração de culpa, que deverá fornecer uma *factual basis* (base fática) para a condenação.

Para verificar o atendimento a tais mandamentos, deverá o juiz dirigir-se pessoalmente ao réu.

Além dessas hipóteses, pode ainda o juiz rechaçar o acordo caso entenda que foi excessivamente benévolo para o acusado ou que o promotor excedeu sua discricionariedade ao fixar a imputação e a pena solicitada.

Cabe recurso da decisão que não aceita a transação.

7.2.6 - A vítima

A vítima tem, basicamente, dois interesses na causa criminal: o financeiro, consistente na reparação do dano, e o retributivo ou de vingança.

No *charge bargaining* pretende ela que o *prosecutor* negocie de forma a obter a restituição e no *sentence bargaining* que a indenização integre a pena;

No *plea bargaining*, tem o ofendido dois direitos (a determinação desses direitos varia de Estado para Estado):

- a. o direito de ser informado e de estar presente, como mero expectador;
- b. o direito de participar, mediante consulta ao juiz ou ao promotor.

7.3 - Procedimento do *plea bargaining*

Em 1970, a Suprema Corte dos EEUU estabeleceu, para evitar injustiças, que deveria ser tido como válido e eficaz apenas o acordo que não tenha sido fruto de pressões, ameaças ou de corrupção do representante do Ministério Público (*Brady v. United States* (1970) 397 US 742).

Outrossim, para evitar mal-entendidos e falsas declarações, a Suprema Corte Federal, no caso *Boykin v.*

Alabama (1969) 395 US 238, determinou que os acordos devem deixar explícito seu conteúdo, neles restando claro que o réu tem consciência das implicações de sua confissão, bem como que a mesma foi voluntária.

A partir de então, os tribunais estaduais elaboraram regras que disciplinam a formulação do *guilty plea*.

Na Califórnia, as *rules of court* (regimento interno do tribunal) e as normas legais estabelecem, entre outras coisas, como pressupostos, que o acordo deve ser efetuado oralmente pelas partes e, em seguida, reduzido a escrito e que o magistrado deve informar ao imputado que a aceitação inicial do acordo por parte do juízo não é irrevogável, bem como que, caso retirado o consentimento judicial, poderá o acusado retratar-se de seu *guilty plea*.

8 - CRÍTICAS AO PLEA BARGAINING

8.1 - Aspectos positivos e negativos

Os principais pontos negativos apontados no *plea bargaining* são:

1. contraria princípios processuais penais do direito continental, tais como o da inocência, o da verdade real e o do contraditório;

2. falta de publicidade;
3. desigualdade entre os réus;
4. manipulação política, pressão e coação psicológicas;
5. pessoas inocentes são induzidas a se declararem culpadas, temendo serem condenadas em juízo;
6. disparidade de penas.

Por outro lado, os principais pontos positivos existentes no instituto são:

1. permite um rápido julgamento dos crimes;
2. evita os efeitos maléficos da demora do processo, mormente quando o acusado está preso;
3. facilita uma rápida reabilitação do agente delituoso;
4. proporciona grande economia de recursos humanos e materiais, bem como maior eficiência;
5. constitui forma mais flexível de administrar a justiça que o modelo tradicional;
6. o acusado culpado receberá uma pena mais leve ou concessões que não receberia caso fosse julgado e condenado;
7. o acusado não terá a publicidade negativa decorrente do julgamento;

8. possibilita ao réu economia de gastos com advogados;

9. o promotor, o juiz e o defensor (mormente o público) poderão dedicar-se com mais afinco aos casos mais complexos e terão reduzida a sua carga de trabalho;

10. o promotor, com as informações obtidas do imputado, poderá solucionar outros casos e condenar outros criminosos;

11. o Estado, com a imposição mais rápida da pena, terá maior eficácia quanto aos fins colimados pela sanção penal, diminuindo, inclusive, a impunidade;

12. a vítima pode obter uma reparação material mais rápida;

13. proporciona uma maior individualização da justiça.

Claramente, as vantagens do instituto do *plea bargaining*, fruto da adoção do verdadeiro princípio da disponibilidade da ação penal, são maiores que as desvantagens apontadas.

Mais, nas palavras de Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1995, p. 37),

"todas essas críticas resultam em grande parte invalidadas quando se considera que o 'acordo' resulta da livre manifestação da

vontade do implicado, sempre assistido, ademais, por profissional técnico. E não haveria praticamente nada a ser censurado se a manifestação de vontade fosse feita perante o juiz." (grifo meu)

A ressalva posta em destaque no parágrafo anterior perde seu significado, todavia, se levada em conta a participação do juiz (variável entre os Estados americanos) na realização do *plea bargaining*, bem como a necessária entrevista pessoal do magistrado com o acusado para averiguação da voluntariedade, compreensão e exatidão da confissão de culpa, conforme já discorrido anteriormente.

Quanto à contrariedade aos princípios processuais penais do estado de inocência, do contraditório, da busca da verdade real e da amplitude de defesa, vale citar o que diz Damásio E. de Jesus ao comentar a transação penal da Lei n.º 9099/95 (JESUS, 1996, p. 76):

"Princípios do estado de inocência, do contraditório, da busca da verdade real e da amplitude de defesa.

O instituto da transação inclui-se no 'espaço de consenso', em que o Estado, respeitando a autonomia de vontade entre as partes, limita voluntariamente o acolhimento e uso de determinados direitos (Luiz Flávio Gomes, Da transação penal e da suspensão condicional do processo, RT, 692:387). De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos, abrindo espaço para a adoção de medidas

que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação pelo atuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia de sua vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais."

Aliás, a mesma relatividade dos mencionados princípios aplicar-se-ia, com adequação, também ao princípio da legalidade, do qual tratarei mais à frente, no próximo capítulo.

Quanto ao risco de pessoas inocentes declararem-se culpadas em troca de concessões decorrentes do *plea bargaining*, não chega a representar um fator relevante, tendo-se em vista que a esmagadora maioria de réus detêm culpabilidade em algum grau, mormente considerando-se a situação em foco num país em que o Ministério Público não está vinculado à obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, não se pode negar ao réu, para quem, afora toda a hipocrisia, o processo já representa verdadeira pena (em virtude dos altos custos dele decorrentes, da demora de sua tramitação, com a angústia dela resultante, da incerteza do resultado, da publicidade negativa que pode

trazer, etc.), o direito de cotejar os custos e benefícios deste com os de uma pena branda (talvez meramente restritiva de direitos ou multa), obtida por meio de uma transação com o *Parquet*.

8.2 - *Plea bargaining* - mera resposta ao congestionamento da justiça?

Imperativo, por derradeiro, analisar-se a afirmativa de alguns críticos de que o *plea bargaining* constitui apenas uma saída encontrada nos Estados Unidos para o congestionamento de sua justiça criminal, devido ao aumento da criminalidade.

Inúmeras pesquisas revelaram que o *plea bargaining* é uma prática comum tanto em juízos com grande volume quanto em juízos com pequeno volume de casos.

A título de exemplo, seguem alguns dos resultados da pesquisa realizada por Milton Heumann (HEUMANN, 1978) junto ao Judiciário do Estado de Connecticut:

Quadro 1 - Números referentes às formas de solução de casos criminais. Cortes Superiores de Connecticut. De 1966 a 1973.

Disposition of Criminal Cases by Defendants in Connecticut Superior Courts, 1966-73							
Method of Disposition	1966-67	1967-68	1968-69	1969-70	1970-71	1971-72	1972-73
Guilty Plea	1635	2107	2696	3186	3680	3332	2244
Nolle or Dismissal	267	419	686	1110	1302	1302	646
Trial	164	241	301	191	231	156	114
Total Dispositions	2066	2767	3683	4487	5213	4790	3004
% Trial/ Total Disposition	7.9	8.7	8.2	4.3	4.4	3.3	3.8

Fonte: Heumann (1978)

Quadro 2 - Números relativos à média de casos criminais apreciados por ano. Cortes Superiores de Connecticut. De 1880 a 1954

Rank Ordering of Connecticut Superior Courts by Mean Number Cases Disposed Annually, 1880-1954			
Superior Courts	Total Cases	Mean	Standard Deviation
Tolland	2468	34	21
Middlesex	4143	56	20
Windham	5362	73	25
Litchfield	6235	85	51
Waterbury	5220	87	37
New London	8553	117	43
Fairfield	19,043	261	71
New Haven	20,236	278	104
Hartford	24,212	332	158

Fonte: Heumann (1978)

Quadro 3 - Números referentes à média anual de julgamentos realizados em cortes com grande e pequeno volume de casos. De 1880 a 1954.

Means of Annual trial to Total Cases Ratio for Low and High Volume Superior Courts, 1880-1954						
	Low Volume Courts			High Volume Courts		
	Tolland	Middlesex	Wndham	Fairfield	New Haven	Hartford
Mean Trials/Cases	.16	.14	.11	.07	.12	.07
Standard deviation	.12	.07	.07	.05	.06	.04

Fonte: Heumann (1978)

A história, por outro lado, demonstra que o *guilty plea* tornou-se uma importante forma de solução de casos no final do século dezenove e início do século vinte na América do Norte. Portanto, resta evidente não se tratar de mera resposta ao aumento da criminalidade.

8.3 - Outras visões do instituto

Em anos mais recentes, pesquisadores encontraram outras explicações para o instituto. Uma teoria aponta-o como um esforço estatal no sentido de individualizar a justiça, considerando que graves injustiças são feitas quando penas são uniformemente aplicadas a pessoas em condições semelhantes. Assim, a verdadeira justiça implicaria na adaptação das penas abstratamente previstas às características individuais do agressor e da ofensa, constituindo, portanto, a negociação entre promotor e defesa verdadeira mediação entre a lei e a realidade do mundo.

Outros vêem a explicação para a alta taxa de *guilty pleas* no fato de representar o *plea bargaining* um sistema em que, levando-se em conta que a grande maioria dos réus são realmente culpados, ambas as partes obtêm benefícios. Peca esta teoria, entretanto, por constituir um raciocínio circular, pois o processo de troca é utilizado para explicar a si mesmo.

Outros, ainda, vêem o instituto como um processo estruturado em nível da coletividade, mecânico e estilizado, no qual seus participantes são socializados, ou como um *collective way of life* (modo de vida coletivo) nos tribunais, uma forma de discurso consistente em práticas sociais organizadas.

9 - CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com as medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo, trazidas pela Lei n.º 9099/95 - fruto da ideologia do intervencionismo mínimo do direito penal - já se iniciou o trabalho de desmitificação do princípio da legalidade processual, no âmbito da ação penal pública incondicionada, posto que a ação penal privada já se regia pelo princípio da oportunidade.

Admitiu-se expressamente a falácia e hipocrisia

que representa a idéia de que possa e deva o Estado punir toda e qualquer infração à lei⁸, idéia esta fundada nas teorias absolutas da pena, no princípio de que todo delito deve ser vingado.

Com a modificação das teorias absolutas da pena, através das funções preventivas gerais, que concebem a punição como finalidade e necessidade social, perdeu o princípio da legalidade muito de sua base originalmente teórica.

Surge um processo penal com ênfase à instrumentalidade face ao direito material e aos valores sociais e políticos da nação.

A chamada *cifra negra*, composta pelos delitos de ação penal pública não descobertos, não perseguidos e não sancionados, seja devido à inércia dos que poderiam dar a notícia do crime, seja pelo fato de as autoridades deixarem, em certos casos, arbitrária e seletivamente, de cumprirem seus misteres (a polícia não instaura o inquérito,

⁸ "Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais, e politicamente caóticos, inclusive entre órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente, como necessário, que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas." (Item 3, da exposição de motivos, do anteprojeto de lei para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, apresentado à Câmara dos Deputados, como Projeto de Lei n.º 1480/89, pelo Deputado Michel Temer)

o Ministério Público e o juiz atuam de modo a que se chegue à prescrição, etc.); demonstra a falência de tal princípio.

Carece de racionalidade, e, conseqüentemente, de legitimidade, a "legalidade processual penal", porquanto impossível é sua realização social ou completamente diferente de sua planificação.

Vale citar a brilhante análise, quiçá filosófica, da questão por Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 1996, p. 19):

"O nível 'abstrato' do requisito de verdade social poderia chamar-se de adequação de meio a fim, ao passo que o nível 'concreto' poderia denominar-se adequação operativa mínima conforme planificação. O discurso jurídico-penal que não satisfaz estes dois níveis é socialmente falso, porque se desvirtua como planificação (deve ser) de um ser que ainda não é para converter-se em um ser que nunca será, ou seja, que engana, ilude ou alucina.

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do 'ser' e refugiar-se ou isolar-se no 'dever ser' porque para que esse 'dever ser' seja um 'ser que ainda não é' deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-se em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder."

Mais à frente, em sua obra, explica, detalhadamente, de forma prática, o problema e sua conclusão a respeito (ZAFFARONI, 1996, p. 26):

"4- A legalidade nem mesmo é respeitada no âmbito do sistema penal formal. Embora o sistema penal 'formal' não seja mais do que o apêndice justificador do verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal, a legalidade não é respeitada, nem mesmo em sua operacionalidade social. A estrutura de qualquer sistema penal faz com que jamais se possa respeitar a legalidade processual. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o 'dever ser', o sistema penal intervém repressivamente de modo 'natural' (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado.

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Diante da absurda suposição - não desejada por ninguém - de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores mais vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mão dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal 'formal' a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima."

Assim, contestável o princípio da obrigatoriedade, não apenas sob a ótica dos defensores do direito penal mínimo, mas também por aqueles que pretendem uma maior efetividade, rapidez e economia da justiça penal, bem como uma rápida socialização do delinqüente e indenização da vítima, sendo a alternativa lógica uma maior implementação do princípio da disponibilidade na seara da ação penal pública.

Por outro lado, se a obrigatoriedade da ação penal resulta do dever dos órgãos e autoridades públicas de agir segundo o que determina a lei, pois bem, que a lei autorize o exercício da discricionariedade ao Ministério Público, em todos ou em determinados casos. Aí teremos a convivência harmônica do princípio da legalidade com o da discricionariedade. Veja-se o caso da Alemanha, citado

pelo Professor Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 1997, p. 109):

“Note-se que não estamos negando que o legislador possa, como na Alemanha, prever um poder discricionário para o Ministério Público exercer ou não a ação penal em casos específicos, em casos determinados. Em assim ocorrendo, temos o princípio da obrigatoriedade, em toda a sua plenitude, como regra geral, e a adoção expressa do princípio da oportunidade, em toda a sua plenitude, para os casos alinhados pelo legislador. Vale dizer, aqui não foi mitigado o princípio da obrigatoriedade, mas permitiu-se a sua não incidência para hipóteses menos relevantes.”

Por fim, *data maxima venia* do entendimento do ilustre mestre, discordo da afirmativa de que não é próprio de um Estado Democrático de Direito o exercício de poderes discricionários por parte do Ministério Público.

Mas, o que ocorre então com o *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, berço da democracia moderna, cuja revolução e declaração de independência (1776) antecederam, mesmo, a revolução francesa (1789)?

Por que não pode o Estado, dentro dos poderes conferidos pela lei, por meio do órgão do Ministério Público, seu representante legítimo, eleger prioridades e gerenciar recursos (requisitos mínimos para o sucesso de qualquer atividade de monta) ou exercer uma política criminal preestabelecida?

Mostra-se perfeitamente viável, dentro do invejável grau de aperfeiçoamento institucional alcançado pelo Ministério Público no Brasil, conceder-lhe a sociedade maior liberdade de ação na esfera penal e proporcionar-lhe papel mais ativo na apuração dos delitos e fiscalização da polícia, como já ocorre, há muito, em países desenvolvidos.

10 - A SITUAÇÃO DO BRASIL APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 9099/95

Decerto, o advento dos Juizados Especiais Criminais, da transação penal e da suspensão condicional do processo proporcionou considerável descongestionamento da justiça criminal brasileira.

Todavia, mostram-se ainda tímidas essas medidas diante da magnitude do problema, ainda presente, mesmo após as inovações da Lei n.º 9099/95.

Segundo o Banco de Dados do Poder Judiciário (*Gazeta Mercantil*, 1997), em 1988 deram entrada nos tribunais e fóruns do País 350 mil processos, enquanto em 1996 foram protocoladas 3,7 milhões de peças, número 957,14% maior do que o contabilizado no ano da promulgação da Constituição Federal.

O número de juízes por habitante é pequeno, havendo, ainda, um considerável déficit de número de magistrados em relação ao número de cargos existentes.

Quadro 1 - Número de habitantes por juiz e déficit do número de juízes

Estados	Número de habitantes por juiz	Cargos criados	Cargos ocupados	Déficit do n.º de juízes
Pará	37.838	210	144	31,43%
Bahia	34.178	484	370	23,55%
Alagoas	33.568	206	80	61,17%
Minas Gerais	31.319	760	527	30,66%
Rio de Janeiro	27.025	616	492	20,13%
São Paulo	26.831	1552	1256	19,07%

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário/95 (*Estado de Minas*, 1997)

Permanece o descrédito no Poder Judiciário, conforme se vê do quadro a seguir, que sintetiza o resultado de pesquisa que ouviu 400 moradores da Capital do Estado de São Paulo, entre os dias 25 e 26 de março de 1997:

Quadro 2 - Nível de credibilidade do Poder Judiciário

Judiciário					
	Credibilidade	Eficiência	Rapidez	Honestidade	Transparência
Nota 5	10%	7%	2%	9%	6%
Nota 4	20%	14%	4%	17%	17%
Nota 3	30%	27%	17%	28%	22%
Nota 2	20%	29%	29%	23%	24%
Nota 1	20%	23%	48%	23%	31%

Fonte: InformEstado (*O Estado de São Paulo*, 1997)

Particularmente, em Belo Horizonte, segundo a Caixa Imobiliária/Kênio Pereira Advogados Associados (*Estado de Minas*, 1997), houve um aumento de 32% no número de ações criminais nos últimos 5 anos e diminuiu o grau de eficiência do Judiciário.

Quadro 3 - Número de ações criminais, de julgamentos e grau de eficiência das varas criminais de Belo Horizonte

Ações propostas e julgadas no Fórum Lafayette			
Crime			
	Entradas	Julgamentos	Eficiência
1992	7.050	5.520	78,30%
1996	9.309	4.668	50,20%

Fonte: Caixa Imobiliária/Kênio Pereira Advogados (*Estado de Minas*, 1997)

Segundo a Corregedoria de Justiça de Minas Gerais (*Estado de Minas*, 1997), cada juiz de direito da Capital, hoje, cuida, em média, de 1129 processos, o que certamente representa uma carga excessiva de trabalho.

Realizei pesquisa, baseada nos relatórios mensais da Corregedoria de Justiça, bem como em informações fornecidas pelo juiz e pela escrivã de uma das varas criminais da Capital (que reflete a situação geral das 13 demais) e obtive os seguintes dados:

1. O número de processos em curso em junho de 1997 na vara era de 1225.

2. A suspensão condicional do processo só é aplicada a cerca de 10% dos feitos da vara.

3. Os números relativos a feitos distribuídos nos meses de junho a novembro de 1995 (anteriores à criação, em 02/02/96, do Juizado Especial Criminal); para a vara são os seguintes:

junho/95 -	70
julho/95 -	81
agosto/95-	88
setembro/95 -	60
outubro/95-	62
novembro/95-	50
Total -	411
Média -	68

Os números relativos a feitos distribuídos para a vara nos meses de janeiro a junho de 1997 (posteriores ao funcionamento do Juizado Especial Criminal) são os seguintes:

janeiro/97 -	58
fevereiro/97 -	45
março/97 -	48
abril/97 -	75
maio/97 -	47
junho/97 -	79
Total -	322
Média -	53

Assim, comparando-se o segundo com o primeiro período, percebe-se que após a instalação do Juizado Especial Criminal foram distribuídos à vara 82 inquéritos a menos, o que representa uma queda de 14,9%.

4. Em virtude da criação do Juizado Especial Criminal, foi extinta a vara de crimes de trânsito em outubro de 1996, e seus processos relativos a lesões corporais culposas foram remetidos para o Juizado Especial Criminal; já os relativos a homicídios culposos foram distribuídos (no prazo de uma semana) entre as 14 varas criminais existentes, cabendo cerca de 200 processos para cada uma.

5. O número de processos por homicídios culposos hoje representa cerca de 10% do volume de serviço da vara.

Já o Juizado Especial Criminal, segundo o relatório oficial do mês de julho de 1997, possui 5281 feitos em curso, sendo que nele oficiam 8 juízes, o que dá 660 para cada um.

Observe-se que parte dos Termos Circunstanciados de Ocorrência que chegam ao Juizado Especial Criminal referem-se a fatos atípicos.

Ressalte-se, também, que todos aqueles casos de menor gravidade (brigas entre vizinhos, de casais, etc.) que antes eram "resolvidos" nas Delegacias de Polícia, sem serem apreciados pela justiça, hoje são remetidos ao Juizado Especial Criminal.

De tudo isso, o que se extrai é que, embora os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como os Juizados Especiais Criminais, tenham desafogado consideravelmente a justiça criminal, o problema do excesso de trabalho, da falta de eficiência e da lentidão persistem, fazendo-se, assim, necessária a adoção de medidas mais arrojadas que as já tomadas, visto que, dispondo o Estado de recursos escassos, não se pode apenas raciocinar linearmente em termos de aumento do número de juízes, promotores, funcionários e de incrementação de instalações físicas.

11 - CONCLUSÃO

1) As medidas decorrentes da Lei n.º 9099/95 mostraram-se tímidas, diante da magnitude dos problemas enfrentados pela justiça criminal brasileira.

Permanecem o excesso de carga de trabalho, a lentidão e a ineficiência do sistema judicial, fatos públicos e notórios que sequer carecem de demonstração.

Respondem os Juizados Especiais Criminais por modesto percentual do volume total de trabalho apenas da justiça penal comum brasileira, visto que o art. 1.º, da Lei n.º 9099/95 exclui os Juizados Especiais da esfera das justiças especiais.

O espectro de atuação dos Juizados Especiais Criminais é por demais estreito, limitado a crimes menores (são excetuosos pela lei aqueles com rito especial, o que, aliás, é questionável⁹), nos quais, em geral, verificava-se anteriormente a prescrição ou a decadência.

Está muito longe da verdadeira discricionariedade a atuação do Ministério Público nos termos da transação penal e da suspensão condicional do processo, pois continua ele obrigado a agir e a agir dentro de apertados limites legais, como dantes.

2) Mostra-se ultrapassada a clássica concepção

⁹ O STF, ao apreciar questão de ordem suscitada no inquérito nº 1055-3 Amazonas (DJ 24/05/96), decidiu que as normas penais benéficas da Lei 9099/95 aplicam-se aos procedimentos penais originários instaurados perante aquela egrégia corte.

da legalidade processual penal, posto que já perdida sua base teórica, fundada nas teorias absolutas da pena, bem como desprovido que é seu conteúdo de racionalidade, legitimidade e verdade social.

A alternativa lógica, para a qual tendem os países do sistema romano-germânico, é a crescente adoção do princípio da disponibilidade da ação penal.

Resta saber se ainda permanecerá por muito esse atual modelo de justiça, morosa e tardia, portanto injustiça manifesta, ou se haverá de seguir-se a tendência mundial, verdadeiramente implementando-se a adoção do princípio da discricionariedade no Brasil.

3) O *plea bargaining*, instituto do qual muito se fala e pouco se explica, responsável pela solução de cerca de 90% dos casos criminais da justiça norte-americana, constitui excepcional exemplo prático da aplicação em um país do real princípio da discricionariedade, fornecendo seu estudo àqueles que anseiam pela modernização, agilidade e eficiência de nossa justiça, valioso referencial no exercício de um repensar do processo penal brasileiro.

****José Alberto Sartório de Souza é Promotor de Justiça.***

12 - BIBLIOGRAFIA

BRASSAN, Sílvio - Falta de ação diminui credibilidade de Poderes. *O Estado de São Paulo*, 30 mar. 1997. p. A -10.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde - A reforma processual penal italiana - Reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo saxônica. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1991.

GALLUCCI, Mariângela - Justiça é cada vez mais procurada. *Gazeta Mercantil*, 13 fev.1997. p. A-8.

GOMES, Luiz Flávio - Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei n.º 9099, de 26 set.1995. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Juizados especiais criminais: comentários à Lei n.º 9099, de 26 set. 1995. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1996.

HEUMANN, Milton - *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

JARDIM, Afrânio Silva - *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de - *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MALTA, Ana - Judiciário mineiro: poder, afogado em crise. *Estado de Minas*, 23 fev.1997. p. 40-41.

MAYNARD, Douglas W. - *Inside plea bargaining*. New York: Plenum Press, 1984.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio - *Curso Completo de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina - O “consensus” na transação penal e suspensão condicional do processo penal: observações sobre a Lei n.º 9099, de 26 set.1995. *AJURIS*, n. 67, p. 296-333.

ROSETT, Arthur - *Plea bargaining. Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, v. 3.p. 1394-1396, 1986.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa - *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 1.

VILAR, Silvia Barona - *La Conformidad en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul - *Em Busca das Penas Perdidas: a Perda da Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.